ARP 2006\770

Sentencia Audiencia Provincial Cádiz núm. 74/2005 (Sección 7), de 8 marzo

Jurisdicción: Penal

Procedimiento abreviado núm. 16/2004.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Gutiérrez Luna.

—

INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE DOCUMENTOS Y VIOLACION DE SECRETOS: Autoridad o funcionario público que revelare secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados: bien jurídico protegido; Diferencia entre el ilícito penal y administrativo; existencia: guardias civiles que informan de los horarios de sus servicios de guardias en la aduana a particulares, para que pudieran pasar labores de tabaco sin abonar la tasa correspondiente: es indiferente que estuvieran expuestos en tablones dentro de las dependencias de la Guardia Civil, ya que este resulta un lugar de común no accesible.

COHECHO: Bien jurídico protegido; Solicitar o recibir dádiva para ejecutar un acto que constituya delito: inexistencia: dudas sobre la solicitud de cantidades por parte de guardias civiles con puesto en aduanas para permitir el paso ilegal de labores de tabaco: no cabe inferirlos sin más de la existencia de ingresos adicionales a los sueldos respectivos.

CONTRABANDO: Importar, exportar, poseer o elaborar géneros estancados sin autorización: labores de tabaco: con la Ley 13/1998, de 4 mayo, no ha dejado de ser género estancado; existencia: ocupación en casa del acusado de 21.188 cajetillas de tabaco sin acreditar que las haya adquirido abonando la tasa oportuna: no se requiere pericial alguna para el cálculo del valor de la mercancía: valoración superior a 6.000 euros; Realización a través de una organización: concepto de organización; inexistencia: ausencia de distribución de funciones ni jerarquía.

La Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Cádiz ***absuelve*** *a varios de los acusados de los delitos de cohecho, revelación de secretos y contrabando de los que se les imputaba y,* ***condena*** *a dos de los acusados como autores de un delito de revelación de secretos, a la pena a cada uno de ellos de catorce meses de multa con una cuota diaria de 30 euros e inhabilitación especial para empleo de guardia civil por plazo de un año y seis meses; asimismo,* ***condena*** *a un tercer acusado como autor de un delito de contrabando, a la pena de un año de prisión y multa de 150.000 euros, debiendo indemnizarse a los perjudicados en las cantidades correspondientes.*

En la ciudad de Algeciras, a ocho de marzo de dos mil cinco.

Visto por esta Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Cádiz, con sede en Algeciras, integrada por los Magistrados antes citados, el juicio oral del Procedimiento Abreviado de referencia, dimanante de las y Diligencias Previas igualmente referenciadas, seguido por presuntos delitos de Cohecho, Contrabando y Revelación de secretos, contra los acusados, Jose Miguel, con DNI núm. NUM000, nacido el 15 de marzo de 1946, en La Línea de la Concepción, hijo de Sebastián y Maria, con domicilio en La Línea de la Concepción, en CALLE000, núm. NUM001; Angelina, con DNI número NUM002, nacida el 16 de octubre de 1979, hija de Jose Miguel y Maria del Carmen, natural y vecina de La Línea de la Concepción, en CALLE000, núm. NUM001; Javier, con DNI núm. NUM003, hijo de Francisco y Catalina, nacido en Woippy ?Francia?, el 5 de junio de 1976, con domicilio en La Línea de la Concepción, en CALLE001, bloque NUM004, NUM005 NUM006; Lucas, con DNI núm. NUM007, nacido el 8 de septiembre de 1959, hijo de Ramón y Ramona, natural y vecino de La Línea de la concepción, con domicilio en CALLE002, núm. NUM008-NUM004 NUM009; Luis, con DNI núm. NUM010, nacido el 5 de agosto de 1956, hijo de Francisco y Carmen, natural y vecino de La Línea de la Concepción, con domicilio en CALLE003, núm. NUM011-NUM005 NUM006; Inés, con DNI núm. NUM012, nacida el 13 de julio de 1958, en Casablanca ?Marruecos?, hija de Juan y Amparo, y domiciliada en La Línea de la Concepción, en CALLE002, núm. NUM008, NUM004 NUM009; Carlos Daniel, con DNI núm. NUM013, nacido en Málaga el 18 de septiembre de 1979, con domicilio en dicha Ciudad en CALLE004, núm. NUM014-NUM005-NUM015; Luis Carlos, con DNI núm. NUM016, hijo de Antonio y Ana Adela, nacido en La Línea de la Concepción, el 30 de enero de 1972, con domicilio en dicha Ciudad, en AVENIDA000, núm. NUM017, bloque NUM018, NUM019 NUM020; Juan Luis, con DNI núm. NUM021, nacido en Málaga, el 1 de abril de 1974, hijo de Julián y Dolores, con domicilio en La Línea de la Concepción, en AVENIDA000, núm. NUM017, bloque NUM022, NUM005 NUM020; Miguel Ángel, con DNI núm. NUM023, nacido en

Málaga, el 25 de noviembre de 1954, hijo de Salvador y Josefa, con domicilio en La Línea de la Concepción, en AVENIDA000, núm. NUM017, bloque NUM015 NUM005 NUM020; Alfredo, con DNI núm. NUM024, hijo de Sebastián y Maria, nacido en La Línea de la Concepción, el 9 de noviembre de 1949, con domicilio en dicha Ciudad, en CALLE005, núm. NUM025; Alfonso, con DNI núm. NUM026, hijo de Francisco y Joaquina, nacido en Algeciras, el 17 de julio de 1972, con domicilio en Algeciras, en La granja, EDIFICIO000, núm. NUM027, NUM004 NUM018; Bruno, con DNI núm. NUM028, hijo de Luis y Carmen, nacido en La Línea de la Concepción, el 5 de marzo de 1975, con domicilio en San Roque (Cádiz), en CALLE006, núm. NUM004, NUM008 NUM009; Eusebio, con DNI núm. NUM029, hijo de Antonio y Virginia, nacido el 10 de octubre de 1949, en La Línea de la Concepción, domiciliado en dicha Ciudad, en URBANIZACIÓN000, CALLE007, núm. NUM027; Imanol, con DNI núm. NUM030, hijo de José y Juana, nacido en La Línea de la Concepción, el 30 de septiembre de 1963, con domicilio en dicha Ciudad, en CALLE008, núm. NUM008, NUM031 NUM020; Pedro, con DNI NUM032, hijo de José y Francisca, nacido en La Línea de la Concepción, el 30 de octubre de 1971, con domicilio en dicha Ciudad, en CALLE009, núm. NUM033, NUM019 NUM006, y Carlos Francisco, con DNI núm. NUM034, nacido en Inglaterra, el 13 de junio de 1971, hijo de José Luis y Mercedes, con domicilio en La Línea de la Concepción, en CALLE010, núm. NUM035; todos ellos en libertad provisional por la presente causa.

Jose Miguel, ha estado representado por el Procurador Sr. Escribano de Garaizábal y defendido por el Letrado Sr. Sell.

Luis Carlos, representado por el Procurador Sr. Escribano, y defendido por el Letrado Sr. Porras Pedraza.

Carlos Daniel, representado por la Procuradora Sra. Calderón Mora y defendido por la Letrado Sra. Cuartero Domínguez.

Javier y Angelina, representados por la Procuradora Sra. Bachiller Luque, y defendidos por la Letrado Sra. Garcia Mellado.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal, en ejercicio de la acción pública, y habiendo sido designado ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Manuel Gutiérrez Luna, quien expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO El presente procedimiento fue incoado en virtud de atestado de la Guardia Civil y dimana del de Diligencias Previas antes referenciadas del Juzgado de Instrucción núm. Uno de La Línea de la Concepción, que dio lugar al Procedimiento Abreviado núm. 56/2003 de ese Juzgado, que a su vez dio lugar al presente Procedimiento Abreviado. Practicadas las oportunas actuaciones, se dio traslado de las mismas al Ministerio Fiscal, que solicitó la apertura del Juicio Oral, formulando escrito de acusación, del que se dio traslado a la defensa de los acusados para que formularan su escrito de defensa, y una vez verificado lo anterior, se remitieron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial de Cádiz, con sede en Algeciras, para su enjuiciamiento y fallo, dando lugar a la incoación del procedimiento mencionado en el encabezamiento de esta resolución, señalándose para la iniciación de las sesiones del juicio el día dos de noviembre de 2004, y habiendo finalizado el día 31 de enero de 2005.

SEGUNDO En el acto del juicio oral el Ministerio Fiscal, modificando en parte sus conclusiones provisionales, solicitó la condena de los acusados, como autores de los siguientes delitos, las penas que se señalan:

?Para los acusados Eusebio, Alfredo, Luis Carlos, Juan Luis, Miguel Ángel, Bruno, Alfonso, Pedro y Imanol, como autores de un delito de cohecho del artículo 419 del Código Penal, la pena de seis años de prisión, multa del doble de la dádiva e inhabilitación especial por tiempo de doce años; como autores de un delito de revelación de secretos del artículo 417.1º del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777), la pena de tres años e prisión e inhabilitación especial por tiempo de cinco años; y como autores de un delito de contrabando, de los artículos 1, 2.2, 2.3.b) y 3.1 y 2 de la Ley Orgánica 12/95 (RCL 1995\3328), de Contrabando, la pena de seis años de prisión y multa de 200.000 euros, a cada uno de ellos.

?Para el acusado Jose Miguel, como autor de un delito de cohecho del artículo 423 en relación con el artículo 419, ambos del Código Penal, la pena de seis años de prisión, y multa del doble de la dádiva. Y como autor de un delito de contrabando de la Ley 12/95, la pena de seis años de prisión y multa de 200.000 euros.

?A los acusados Lucas, Luis, Carlos Francisco, Inés, Carlos Daniel, Javier y Angelina, se retiró la acusación por el delito de cohecho por el que venían siendo acusados, y manteniéndose la petición de condena de un delito de contrabando, la pena de seis años de prisión y multa de 200.000 euros.

TERCERO Por su parte, las defensas de los acusados, solicitaron su libre absolución.

CUARTO Que, se han observado las prescripciones legales, con excepción del plazo para dictar sentencia, debido a la extensión de volúmenes de la causa, y atención preferente a otros asuntos de interés penal.

Por la apreciación conjunta de las pruebas practicadas se declaran los siguientes

HECHOS PROBADOS

Que los acusados, Alfredo, Luis Carlos, Juan Luis, Miguel Ángel, Bruno, Alfonso, Eusebio, Pedro y Imanol, todos ellos mayores de edad y sin antecedentes penales, Funcionarios de la Guardia Civil, destinados en el período de

tiempo comprendido entre el 4 de diciembre de 2001 y el 12 de febrero de 2002, en la Patrulla Fiscal del Servicio de Aduanas, de La Línea de la Concepción, frontera con Gibraltar, siendo entre otras, sus funciones, el reprimir el contrabando de labores de tabaco.

Que, la tónica de comprobaciones a personas y vehículos, con tal de indagar si eran portadores de tales labores de tabaco, lo era de forma aleatoria, deteniendo a personas, automóviles y ciclomotores, al azar, cada cierto número de ellos, y en ocasiones en que existían colas para pasar la frontera en vehículos de motor, las instrucciones de sus superiores eran el aligerar el paso fronterizo de dichos vehículos, llevando a cabo los controles de posesión de labores de tabaco, de forma más esporádica.

Que, en la frontera indicada, existen personas conocidas como «matuteros», dedicadas a la introducción de labores de tabaco, en pequeñas cantidades, que lo adquieren en Gibraltar, tratando de introducirlos por la frontera hasta La Línea, donde al ser el precio más alto, lo revenden, obteniendo cierta cantidad en concepto de ganancia; si bien al tener limitado el pase de un cartón cada cierto tiempo, tratan de pasarlo burlando la vigilancia fiscal.

Que, entre estas personas conocidas como «matuteros», se encuentran los también acusados Jose Miguel, Lucas, Luis, Carlos Francisco, Inés, Carlos Daniel, Javier y Angelina.

Que, en determinadas ocasiones, sin poder concretarse las fechas, pero dentro del período citado al principio, estos últimos llegaron a introducir labores de tabaco, en ciclomotores, en cantidades de unos dos o tres cartones de tabaco, cada uno de ellos, aprovechando unas ocasiones en las que percibían que había bastante cola de vehículos, bien porque no eran parados para ser indagados, o bien porque conocían que en ese momento determinado se encontraba alguno de los Guardias Civiles de servicio, a los que conocían y cuyo servicio les constaba previamente, por así habérsele manifestado por el interesado o haberlo indagado.

?Así, en varias ocasiones, el Guardia Civil Luis Carlos, conocido como «Chato» o «Santo», enviaba mensajes por su teléfono móvil al acusado Jose Miguel, participándole el servicio de frontera.

En 30 de enero de 2002, tras hablar telefónicamente con el también acusado Javier, participó que estaba de servicio esa propia tarde, diciéndole Javier que tenia preparado a tres o cuatro cañas en referencia a personas que iban a pasar en moto, desconociéndose si llegaron o no a pasar, y si lo hacían con labores de tabaco.

Ese mismo día Luis Carlos, llama a una mujer identificada como «Monja», diciéndole que esa tarde había pasado por la frontera.

El propio 30 de enero, tras recibir una llamada de Javier, le participa de nuevo su día de servicio en la Aduana.

En 3 de febrero de 2002, conversa de nuevo con la mujer conocida como «La Rubia», reconociendo que la había visto pasar con otra amiga, con la moto cargada de tabaco, respondiéndole la mujer que solo pasó tres cartones de tabaco.

Estas llamadas se reproducen en diversas ocasiones, los días 4, 5 y 7 de febrero de 2002.

?En conversaciones que mantienen Jose Miguel y Carlos Francisco, hablan de intentar pasar cuando esté de servicio el Guardia Civil Imanol, conocido como «Chiquito», ya que consideran que se «pasa bien con él», en alusión a que se trata de un funcionario que no pone excesivas trabas en los pases.

?Jose Miguel contactó telefónicamente con el Guardia Civil Alfredo, en 7 de enero de 2002, comentándole este último que al día siguiente tenia servicio en la Aduana, quedando en verse esa misma mañana.

En otra ocasión en 16 de enero de 2002, Carlos Francisco, habla con su yerno Javier, y le dice que vaya a Gibraltar, que compre tabaco y que salga cuando esté Alfredo, sin que conste llegara a pasar el tabaco.

?El Guardia Civil Juan Luis, es citado en conversaciones de Jose Miguel con su yerno Javier, en 9 de enero de 2002, en el sentido de que estará de servicio ese día de 19 a 20 horas, en el control de vehículos de salida de Gibraltar.

En otra ocasión, y con motivo de conversación que mantiene Lucas con Jose Miguel, dijo éste a aquél que Juan Luis ya no quería a nadie más, en alusión a que no deseaba que pasasen personas nuevas.

Es aludido en conversaciones de los acusados no Guardias Civiles, relativo a los servicios en los que se encuentra en diversos días, sin que conste manifestara a los mismos su horario de servicio en la frontera.

?Que en 10 de enero de 2002, Jose Miguel habla telefónicamente con Lucas, participándole que la tarde de dicho día, iba a estar de servicio en la frontera, el Guardia Civil Miguel Ángel.

Ese mismo día, Miguel Ángel, recibe llamada de Jose Miguel, diciéndole si era posible que se pasara por su domicilio para «poner los contadores», simulando ser éste fontanero.

Esa misma tarde Miguel Ángel llama a Jose Miguel, para decirle que «puede pasar», ?en alusión al paso por la frontera, con tabaco? de 5,15 a 5,30, hora en que se encontraba de servicio. No consta si llegó o no a pasar y si lo pudo hacer con tabaco.

Esa misma conversación se produce al día siguiente, 11 de enero de 2002, diciéndole el guardia a Jose Miguel que puede ir ?a Gibraltar? esa noche, en que estaba de servicio.

?Que, el Guardia Civil Pedro, es citado en conversaciones mantenidas por Jose Miguel con Javier, en 12 de enero de 2002, en el sentido de que Pedro «había cogido una moto» porque se lo había dicho el Brigada.

En 21 de enero de 2002, es mencionado igualmente el Guardia Civil Pedro, en conversación que mantienen Luis con Jose Miguel, indicándole el servicio de ese día, y en referencia al Guardia Civil dijo «no hay problema».

?Que, el Guardia Civil Bruno, es citado en 17 de enero de 2002, en conversación que mantiene el también acusado Miguel Ángel con Jose Miguel.

El mismo día los mismos interlocutores hablan de presentar Bruno a Jose Miguel.

En 20 de enero de 2002, hablan Lucas con Jose Miguel, acerca de que es necesario pasar desde Gibraltar a La Línea, estando de servicio Bruno, a ver si les deja pasar. No consta que pasaran dicho día.

?En 26 de enero de 2002, el Guardia Civil Alfonso, es aludido en conversación que mantienen Luis con Jose Miguel, en el sentido de que los guardias de servicio de ese día, «se iban a hartar de ganar billetes»; siendo uno de los que se encontraban en servicio, Alfonso.

Unas horas más tarde, los mismos interlocutores, hablan de los cambios que han hecho respecto a los servicios de guardia, refiriéndose a que le «han dejado en banca» a Alfonso.

?Que, en conversación mantenida por Luis con Jose Miguel, en 26 de enero de 2002, aquél comenta a éste que, ese día se «van a hartar de ganas billetes» los guardias de servicio; uno de los que se encontraban de servicio, era el Guardia Civil Eusebio.

En otra conversación entre los mismos interlocutores, en la misma fecha, hablan de que a las 19,30 horas, Eusebio se encuentra en la salida de vehículos de Gibraltar.

Que, Eusebio, ha dejado pasar en ciertas ocasiones no determinadas, tabaco, sin que conste número de cartones, ni ocasiones, a Carla, dejándole ésta a cambio su número de teléfono para que contactasen ambos.

Que, en 11 de febrero de 2002, y en virtud de mandamiento de entrada y registro debidamente extendido por el Juzgado de guardia de La Línea, en el domicilio del acusado Jose Miguel, se encontraron 21.188 cajetillas de tabaco, de diversas marcas, valoradas en la suma de 44.814,10 euros, almacenadas en la planta baja y estancias de la casa, que el acusado había ido almacenando, extraídos de Gibraltar, sin que conste haya abonado la tasa correspondiente a dicha importación.

A los hechos relatados resultan de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO Que, como cuestiones previas, y al amparo de lo establecido en el párrafo 2º del artículo 786 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882\16), se propuso por las defensas de los acusados, la suspensión del juicio, al no haberse recibido cumplimentada la Comisión Rogatorio librada al reino Unido para su cumplimentación por las Autoridades de dicho país en Gibraltar; así como la nulidad de actuaciones, por haber intervenido un Agente encubierto, el Guardia Civil Leonardo, quien según las defensas fue introducido en Gibraltar por el Teniente coronel Jefe de la Comandancia de la Guardia Civil de Algeciras, sin conocimiento del Juez Instructor, y sin reunir los requisitos del artículo 282 bis de la LECrim; nulidad de actuaciones por inexistencia de fe pública judicial, por cuanto faltaba la firma del Sr. Secretario del Juzgado de Instrucción en parte de dichas diligencias; la nulidad de las escuchas telefónicas, por cuanto entendían que no se daba la motivación suficiente para la adopción de tal medida, proporcionalidad y falta de control judicial; el inicio de las diligencias por denuncia anónima; igualmente se interesaba la nulidad de las actuaciones por la falta de cotejo de las cintas por el Sr. Secretario, en cuanto consideraban que parte de las cintas no habían sido cotejadas ni se encontraban bajo la custodia del fedatario público; asimismo se pedía la nulidad parcial de las diligencias por las actuaciones practicadas bajo secreto sumarial, así como nulidad parcial del informe de la Guardia Civil en cuanto a la custodia de teléfono intervenido en diligencia de entrada y registro, en lo relativo a la ocupación de teléfono por parte de dicha Fuerza actuante en diligencia de registro practicada y comunicación al Juez de Instrucción; se pedía asimismo la nulidad del in forme obrante al folio 1360 y declaración de los testigos protegidos, en cuanto a la ausencia de la defensa en las declaraciones prestadas en la fase instructora, y por último, se concluía la petición con la nulidad de todo el procedimiento por obstrucción del derecho de defensa, a un proceso con todas las garantías, en cuanto se denegó por el Instructor la práctica de determinadas diligencias.

Que, dichas cuestiones fueron resueltas por esta Sala, con anterioridad al inicio del interrogatorio de los acusados, por Auto de 3 de noviembre de 2004, ratificándose cuanto allí se razonaba, como parte de esta resolución, si bien hay que, hacer nuevas matizaciones, tras la conclusión del juicio oral, en determinadas cuestiones de las en su día analizadas.

SEGUNDO Que, en cuanto a la petición de suspensión del juicio por el hecho de no haberse recibido cumplimentada la Comisión Rogatoria de Gibraltar, se acordó denegar tal suspensión, sin perjuicio de que, a la vista

de las pruebas que se pudieran practicar en el plenario pudiera acordarse lo procedente.

Y no fue precisa una vez practicadas las pruebas, la suspensión del juicio, ya que, al acto compareció uno de los testigos propuestos por las defensas, el Sr. Bartolomé, y cuya citación se interesó mediante la citada Comisión rogatoria; de otro lado, si bien no llegó a comparecer los testigos residentes en Gibraltar Sres. Daniel, no fue precisa la suspensión, ya que compareció el testigo Guardia Civil Leonardo, siendo el objeto del testimonio de los señores Daniel el testificar acerca de haber prestado servicios laborales Leonardo en el establecimiento de aquellos en Gibraltar, lo que fue confirmado por el Sr. Leonardo; por último, en cuanto al documento que se interesaba se cumplimentase por la comisión rogatoria consistente en el tiempo en que se prestó el servicio laboral de Leonardo en Gibraltar, ya adelantó uno de los Letrados de la defensa, el Sr. Mir Tabera, que había intentado que se cumplimentara tal extremo, si bien tenia constancia de la negativa de las Autoridades Gibraltareñas a facilitar tal dato.

En definitiva, se practicaron las pruebas que se pretendían por la comisión Rogatoria, si bien es conocido por esta Sala que, es difícil la cumplimentación de Comisiones Rogatorias cuando hayan de ser reenviadas por el Reino Unido a Gibraltar. Por todo ello, se acordó proseguir el juicio.

En cuanto a la actuación de lo que las defensas han dado en llamar a lo largo de todo el proceso «Agente encubierto», y referente a la actuación del Guardia Civil Leonardo, en Gibraltar.

Que, la figura del Agente encubierto introducida en la LECrim (LEG 1882\16) en el artículo 282 bis, supone la autorización por parte del Juez Instructor, mediante resolución fundada, a funcionarios de Policía Judicial, a actuar bajo identidad supuesta, actuando en una investigación determinada.

Pues bien, en el caso concreto, y a la vista de las declaraciones emitidas en el acto del plenario por parte del propio Guardia Civil Leonardo como del Teniente Coronel Jefe de la Comandancia de la Guardia Civil de Algeciras que le encomendó la labor, se infiere que, el mismo estuvo en calidad de comisionado de la Guardia Civil, en Gibraltar, por instrucciones directas del Jefe de la Comandancia, en el período comprendido entre marzo a septiembre de 2001, esto es, unos meses antes de iniciarse las investigaciones en el caso de autos. La misión del mismo en aquella época era el efectuar un informe acerca de la introducción del tabaco de forma ilícita desde Gibraltar por la frontera de La Línea. En consecuencia, no hay constancia alguna en las actuaciones de que participara Leonardo en las investigaciones llevadas a cabo por la Guardia Civil en las presentes diligencias, interviniendo en una detención y entrada y registro domiciliaria, una vez finalizada su estancia en Gibraltar y estando agregado ya al servicio de Información de la Guardia Civil de Algeciras. Por ello, no hubo autorización alguna del Juez Instructor ni se pusieron en marcha los requisitos pertinentes establecidos en el art. 282 bis de la LECrim, al no tener esa función, y que, de haberse precisado se podría haber interesado y vista su pertinencia se hubiera adoptado la resolución pertinente por el Juez de Instrucción. Por todo ello, la Sala concluye que, a la vista de las pruebas practicadas no se ha probado que, realizara funciones ilícitas el Guardia Civil Sr. Leonardo y que pudieran afectar a estas diligencias.

En cuanto a la nulidad de las escuchas telefónicas, se reitera todo el contenido del Auto de esta Sala de 3 de noviembre de 2004, que analiza en su apartado 3 del Fundamento Jurídico segundo esta cuestión.

En el acto del juicio se practicó prueba pericial, propuesta por la defensa del acusado Luis Carlos, consistente en el perito Don Oscar, quien manifestó que «sospechaba» que las cintas aportadas eran copias, no las originales, sin poder afirmar categóricamente que no eran las originales. Que, para hacer la prueba de contraste, tomó la voz de Luis Carlos, llamándole a un móvil, respondiéndole desde otra habitación; indicó asimismo que al hacer la prueba para la toma de voz, el sujeto suele estar más nervioso que en la grabación original; concluyendo que la voz podría o no corresponder a Luis Carlos.

La Sala ha tenido la oportunidad de oír las cintas interesadas por las partes en el acto del plenario, y en concreto, las referentes a Luis Carlos, no tiene la más mínima duda de que la voz que aparece en las mismas corresponde a éste.

Por tanto, reuniéndose todos los requisitos de motivación de los Autos de intervención, ya que no se trataban de Autos estereotipados, razonándose en cada uno de ellos la necesariedad y proporcionalidad de la medida, en cuanto se trataba de investigar delitos graves, estima la validez de las intervenciones practicadas. De otro lado, en cuanto al control judicial, además de adoptarse las prórrogas de las intervenciones con conocimiento judicial, la prueba testifical practicada así lo ha aseverado; en concreto el Capitán de Policía Judicial de la Guardia Civil que instruyó las diligencias policiales, manifestó que daban cuenta periódicamente al Juez de Instrucción del resultado de las indagaciones.

Asimismo, las intervenciones telefónicas no se iniciaron a modo de prospección tal como se pretende poner de manifiesto por las defensas de los acusados; no se iniciaron a raíz de la denuncia anónima, sino que, se recopiló toda la información existente en torno a las cuestiones a investigar, informaciones que provenían de escritos de la propia Aduana de La Línea, Comisaría de Policía de dicha Ciudad, incluso de la propia Policía de Gibraltar, dando cuenta de presuntas irregularidades que se venían detectando por parte de funcionarios de la Guardia Civil de servicio en la frontera de La Línea con Gibraltar. Que, dicha documentación fue la que sirvió de base para iniciar las indagaciones pertinentes, seguimientos hacia los Guardias Civiles presuntos implicados, hasta llegado el momento en que era difícil avanzar en las mismas, cuando ya se decidió por el Instructor la petición de la intervención telefónica, razonando y exponiendo al Instructor todas las diligencias practicadas hasta el momento y la necesariedad de esa medida.

Por consiguiente, y en base a lo expuesto tanto en el Auto de 3 de noviembre de 2004 como en el presente razonamiento, la Sala acuerda dar validez a las intervenciones telefónicas efectuadas.

No se ha vulnerado ningún derecho, ya que si bien en algún momento el Juez Instructor denegó la práctica de alguna diligencia, posteriormente se han podido y se han practicado por esta Sala, en el plenario.

Hay que concluir con la desestimación de todas las cuestiones previas propuestas pro las defensas al inicio de las sesiones del juicio oral.

TERCERO En cuanto a la valoración de la prueba que fundamenta la declaración de hechos probados: Los hechos están suficientemente acreditados conforme a la siguiente valoración de la prueba que realiza el Tribunal de conformidad con artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882\16) conforme los razonamientos que a continuación desarrollamos.

?Las declaraciones testificales de los Guardias Civiles que intervinieron en las indagaciones llevadas por dicha Fuerza Instructora; así el Capitán Instructor y Teniente Coronel de la Guardia Civil Jefe de la Comandancia, quienes declararon en el sentido de que, tenían indicios de las actuaciones que venían llevándose a cabo por parte de los funcionarios acusados, a través de determinados informes emitidos por Aduana, Comisaría de Policía de La Línea y Policía de Gibraltar.

?Los Guardias Civiles que participaron en las escuchas telefónicas y posteriores comprobaciones de los servicios de guardia que efectuaban los Guardias Civiles en la frontera de La Línea con Gibraltar. Así los Guardias Civiles números de identificación NUM036, NUM037, NUM038, Sargento NUM039, NUM040, NUM041, quienes ratificaron sus respectivas declaraciones, oyendo las conversaciones mantenidas por los Guardias Civiles que se dicen en los hechos probados en relación con los también acusados no funcionarios, participándoles sus servicios de guardia.

?Las propias intervenciones telefónicas, traídas al plenario como prueba, que demuestran la realidad de las conversaciones mantenidas por los Guardias Civiles indicados en los hechos de esta resolución con los también acusados no funcionarios, y donde se aludían bien a sus servicios de guardias, o relación con haber dejado pasar a personas con labores de tabaco, sin controlarles.

?La declaración de Carla, en el sentido de que Eusebio le dejaba pasar tabaco por la frontera, a cambio de dejarle ella su número de teléfono para que contactasen.

?La incautación de los números de teléfonos móviles en poder de Jose Miguel y correspondientes a los Guardias Civiles Luis Carlos, Miguel Ángel y Juan Luis.

?El reconocimiento expreso de los acusados Jose Miguel, Lucas, Luis, Carlos Francisco, Carlos Daniel Javier Angelina, en el sentido de que sacaban tabaco de Gibraltar por la frontera de La Línea, en ocasiones, andando, en otras, en motocicleta, si bien matizan en el sentido de que, nunca han pagado cantidad alguna a ningún Guardia Civil por este hecho, siendo las cantidades escasas, de unos dos o tres cartones en cada una de las ocasiones.

?La diligencia de entrada y registro practicada en el domicilio de Jose Miguel, donde se acredita la aprehensión de 21.188 cajetillas de tabaco rubio.

?El propio reconocimiento de Jose Miguel en el sentido de tener en su domicilio esa cantidad de tabaco.

?Manifestaciones de los Guardias Civiles que intervinieron en el registro de la vivienda de Jose Miguel, incautando el tabaco. Así los Guardias Civiles números de identificación NUM036, NUM042, quienes participaron en el registro incautando el tabaco citado.

CUARTO Que, por el Ministerio Fiscal se formula acusación contra los funcionarios Guardias Civiles, por delitos de cohecho, contrabando y revelación de secretos, por lo que, es de analizar si a la vista de los hechos probados se puede incardinar la conducta de los mismos en dichos hechos delictivos.

Que, en cuanto al delito de revelación de secretos, tipificado en el artículo 417 del Código (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777), contiene en su apartado 1, el tipo básico, que se regula en los siguientes términos:

«1. La autoridad o funcionario público que revelare secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados, incurrirá en la pena de multa de doce a dieciocho meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años».

Tiene declarado la jurisprudencia del Tribunal Supremo ?Sentencias 1191/1999, de 13 de julio (RJ 1999\5698), y 30 de septiembre de 2003 (RJ 2003\7409), entre otras? que el bien jurídico protegido por la figura delictiva tipificada en el artículo 417.1 del Código Penal es, con carácter general, el buen funcionamiento de las Administraciones Públicas y, en definitiva, el bien común como prioritario objetivo a que va dirigido el desempeño de la actividad de los funcionarios que las integran, en tanto que la revelación de los secretos e informaciones no divulgables irrogan un perjuicio de mayor o menor relevancia al servicio que la Administración presta a los ciudadanos.

Junto al tipo básico, el párrafo 2 del artículo 417 del CP, contiene el subtipo agravado que se aplica cuando resultare grave daño para la causa pública o para tercero; y dicho tipo básico se extiende a aquellas conductas

típicas cuyas consecuencias aún siendo relevantes para el interés de la Administración y para la causa pública no alcanzan la gravedad requerida para el subtipo agravado, sirviendo así de puente entre el ilícito administrativo y el repetido subtipo agravado.

Precisamente es la mayor o menor relevancia de la información revelada la que se tendrá en cuenta, junto al principio de mínima intervención del Derecho Penal, o «última ratio», para resolver la distinción del ilícito penal en relación con el ilícito administrativo del hecho concreto enjuiciado.

Consta probado que, por parte de los funcionarios de la Guardia Civil, Luis Carlos y Miguel Ángel, el primero de ellos en reiteradas ocasiones y el segundo en al menos dos ocasiones, revelaron sus servicios de guardia en la Aduana a particulares, posibilitando el que, pudieran pasar con labores de tabaco, sin abonar la tasa correspondiente a ello, conforme estarían obligados. Así, el primero de ellos ?Luis Carlos? además de los mensajes enviados por móvil, consta diversas llamadas telefónicas poniendo en conocimiento de particulares sus servicios de guardia; en igual sentido, Miguel Ángel, llegó a efectuarlo en dos ocasiones. Y ante la alegación de Luis Carlos de no ser conocido por el sobrenombre de «Chato» o «Santo», durante las horas que han durado las sesiones del juicio oral, la Sala ha podido comprobar el gran parecido de dicho acusado con el torero Santo.

Y todo ello, con independencia de que, los turnos se hallen fijados en un tablón de las dependencias de las Oficinas de la Guardia Civil en el Puesto de la frontera de La Línea, ya que, si bien es difícil imaginar que una persona dedicada al pase ilegal de tabaco se pueda introducir en tal oficina para comprobar los turnos de servicio, lo cierto es que, en los casos de los acusados Luis Carlos y Miguel Ángel, facilitaron su horario de servicio a particulares, contribuyeron el que, se pudiera introducir tabaco, eludiendo los procedimientos aduaneros legales.

Que, en lo que, respecta a Eusebio, si bien es citado en conversaciones en relación a su servicio de guardia, no consta que facilitara el mismo ese dato; igualmente el hecho de dejar pasar a Carla, sin constar que igualmente le facilitara el dato del día de servicio, no integra el tipo penal aplicable a los dos acusados anteriores.

Que, el resto de los acusados no consta que facilitaran su horario de servicio, si bien son citados por los acusados no funcionarios. Todo ello debe determinar, fundamentalmente en el caso de Eusebio y resto de acusados Guardias Civiles que se depuren las responsabilidades en el ámbito administrativo, al no integrar el delito examinado, toda vez que su actuación como miembros de la Guardia Civil, no cumplían en la gran mayoría de los casos, sus funciones tal como han de ser exigidas a un funcionario en el cumplimiento de su misión.

Que, en lo que, respecta al delito imputado de cohecho por el que son acusados los funcionarios Guardias Civiles y Jose Miguel ?ya que, al resto de los acusados no Guardias Civiles, les fue retirada por el Ministerio Fiscal dicha acusación, al elevar a definitivas sus conclusiones provisionales?.

Que, el artículo 419 del Código Penal castiga el cohecho activo, consistente en la solicitud de dádiva o presente o aceptar ofrecimiento, por parte de un funcionario público, para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutiva de delito.

Que, tal y como señala la STS de 4 de abril de 1994 (RJ 1994\2867), lo que exige el texto legal es que el acto ejecutado por dinero guarde relación o conexión con las actividades públicas que desempeña el sujeto activo del delito. El elemento típico del delito enjuiciado «realización en el ejercicio del cargo de una acción constitutiva de delito».

El cohecho trata de proteger, como dice la sentencia de 20 de mayo de 1997 (RJ 1997\4623), la confianza de los ciudadanos en que los servidores públicos ?funcionarios públicos? ejerzan sus funciones sometidos al imperio de la Ley, imagen que se ve seriamente afectada si tales funciones son retribuidas al margen ?y además? de los presupuestos públicos, directamente por los particulares que se sirven de ella por ejecutar el funcionario un acto relativo a su cargo que sea injusto o que constituya delito, pues con ello se cuestiona de forma grave en la sociedad la seriedad y probidad del ejercicio de la función pública.

Que, en el caso de autos, este Tribunal tiene dudas en torno a si medió percepción de cantidad alguna por parte de los funcionarios acusados. El Ministerio Fiscal basa su acusación por este delito, en el hecho de presentar el patrimonio de los investigados unas cantidades superiores a los ingresos como funcionarios de la Guardia Civil de cada uno de ellos. Pero no ha tenido en cuenta los posibles ingresos extra de aquéllos, tales como ingresos de sus cónyuges o bien por trabajos que efectuasen fuera de su profesión de Guardia Civil.

Así, en lo que respecta a Eusebio, el mismo manifestó formar parte de un grupo de música, por lo que percibe ingresos extra; tener un piso alquilado y vivir con sus suegros, con lo que sus gastos eran mínimos, ello unido a que su madre política es pensionista, percibiendo una pensión por haber trabajado en Gibraltar. Nada de ello se ha tenido en cuenta a la hora de evaluar los ingresos definitivos del mismo.

Algo parecido sucede en lo que respecta a Luis Carlos, quien ha manifestado que su esposa, con anterioridad a los hechos, y desde un año y medio antes de ello, trabajaba en una inmobiliaria, obteniendo ingresos por ello. Tampoco se investigó por la Guardia Civil Instructora estos ingresos.

En cuanto a Miguel Ángel, se alegó que aparte de sus ingresos, su esposa trabaja desde hace unos once años, como cocinera en el Hotel San Roque Club, sin que se llegara a indicar la certeza de este dato por parte de la investigación.

Alfonso, alegó que con anterioridad a los hechos, contrajo matrimonio y que el ingreso que aparece en cuantía de 900.000 pesetas, corresponde a regalos recibidos en efectivo con ocasión del enlace, al tiempo que su esposa obtiene igualmente ingresos.

Pedro, además de los ingresos propios de su profesión, obtiene ingresos, toda vez que su esposa, es igualmente Guardia Civil.

Imanol, igualmente manifestó que además de sus ingresos por su profesión, realiza trabajos fuera de su horario laboral, como carpintero, al tiempo que su esposa obtiene emolumentos como dependienta en una joyería de Gibraltar.

Por ello, no puede sustentarse la acusación en el hecho de tener unos ingresos en el patrimonio de cada uno de ellos, distintos a los sueldos respectivos, toda vez que, se han ido dando detalles respectivamente de los restantes ingresos bien por trabajos fuera de su horario como Guardia Civil, bien por trabajos de sus cónyuges.

Que, al haberse negado por el acusado Jose Miguel, el haber dado cantidad alguna a los Guardias Civiles acusados, no puede inferirse de las conversaciones telefónicas que mantenía con algunos de los Guardias Civiles que, les diese dinero por realizar una omisión en el ejercicio de su cargo; es cierto que, en algunas de las conversaciones que mantenía Jose Miguel con Miguel Ángel, se habla de «contador», y que la Guardia Civil interpreta como pago, pero al no ir unido a ningún otro acto que pueda llevar a tal convicción, lo cierto es que, no se puede suponer que existieran los pagos en cuestión. Si bien cabe imaginar que el hecho de revelar servicio de guardia y que pasara con tabaco sin ser controlados por la Guardia Civil, no debe ser un hecho que el respectivo funcionario lo hiciese sin cobrar nada a cambio, pero al no existir prueba de los pagos, no caben las presunciones en derecho penal.

Por ello, procede la absolución del delito de cohecho, a los funcionarios de la Guardia Civil acusados.

Que, al haberse mantenido por el Ministerio Fiscal la acusación por delito de cohecho con respecto a Jose Miguel, ya que, al resto de particulares se retiró dicha acusación, procede analizar si se da el hecho típico en dicho acusado.

Que, el artículo 423 del Código Penal, sanciona a aquéllos que con dádivas, ofrecimientos o promesas, corrompieren o intentaren corromper a las Autoridades o funcionarios públicos.

Que, si bien por parte de la investigación se hicieron seguimientos a Jose Miguel y el contacto mantenido con algunos de los Guardias Civiles acusados, lo cierto es que en ningún momento se ha llegado a acreditar que llegase a entregar cantidad alguna a los mismos.

Junto a la negativa del mismo en el sentido de haber hecho ofrecimiento a los funcionarios de la Guardia Civil, no se ha llegado a acreditar que existiera proposición a dichos funcionarios. Por lo que, procede igualmente la absolución por este delito de Jose Miguel.

Que, por el Ministerio Fiscal se acusa a todos los acusados de un delito de contrabando del artículo 1, 2.2, 2.3.b) y 3.1 y2 de la Ley Orgánica 12/1995 (RCL 1995\3328), reguladora del Contrabando.

Que, la Ley de Contrabando 12/95, de 12 diciembre define en su art. 1.6 como géneros o efectos estancados «los artículos cuya producción, adquisición, distribución o cualquier otra actividad concurrente a los mismos sea atribuida por la Ley al Estado con carácter de monopolio, así como las labores de tabaco y todos aquellos a los que por Ley se otorgue dicha condición», estableciendo en el art. 2.1 que «cometen delito de contrabando, siempre que el valor de los bienes, mercancías o efectos sea igual o superior a 3.000.000 de pesetas, los que... d) realicen operaciones de importación, exportación, producción, comercio, tenencia, circulación o rehabilitación de géneros estancados... (Si bien el art. 2.3) aclara que asimismo cometen delito de contrabando quienes realicen los hechos descritos en el apartado primero de este artículo si concurre alguna de las circunstancias siguientes:

b) Cuando se trate de labores del tabaco cuyo valor sea igual o superior a 1.000.000 de pesetas».

La promulgación de la Ley 13/1998 de 4 mayo (RCL 1998\1137) de Ordenación del Mercado de Tabacos, ha suscitado si impide ya hablar de géneros o efectos estancados al haber derogado la Ley 38/85 de 22 noviembre (RCL 1985\2827) del Monopolio Fiscal de Tabacos, al disponer su art. 1.1 que «se liberaliza el mercado de tabacos...» con las limitaciones establecidas en la presente Ley y en consecuencia se declaran extinguidas en el territorio peninsular, Islas Baleares, Ceuta y Melilla el monopolio de fabricación y el monopolio de importación y de comercialización al por mayor de labores de tabaco no comunitarios contenidos en la Ley 38/85 del Monopolio Fiscal de Tabacos. Y en el art. 1.3 establece que, sin embargo, «para la comercialización al por menor de las labores de tabaco en España, con excepción de las Islas Canarias se mantienen en régimen de monopolio del que es titular el Estado que lo ejerce a través de la red de Expendedurías de Tabaco y Timbre».

Así pues, si se trata de mercancías comunitarias, quedaría la conducta despenalizada y si no son comunitarias, habrán de superar los 3.000.000 de pesetas. Mientras que tratándose de género estancado el limite penal queda fijado en 1.000.000 de pesetas, pero la valoración debería realizarse conforme al artículo 10.2 de la Ley Orgánica de Represión del Contrabando.

La jurisprudencia mayoritaria de Audiencias Provinciales, sostiene que pese a esa liberalización, el tabaco sigue

siendo un «genero estancado»; en tal sentido debemos tener en cuenta que la Ley 13/98 según su propia exposición de motivos, tiene por objeto la liberalización de las actividades de elaboración, importación y venta al por mayor de los productos del tabaco, como consecuencia de la incorporación de nuestra Nación a las Comunidades Europeas y por imposición igualmente del principio de libertad de empresa consagrado por nuestra Constitución, manteniéndose únicamente el monopolio en materia de venta al por menor, que no duda en calificar de servicio público y un instrumento fundamental e irrenunciable del Estado para el control de un producto que no duda en calificar la Ley como producto estancado. Calificación que se mostraría acorde con el concepto que de esta categoría nos brinda la Ley de Represión del Contrabando, en su artículo 1.6, al definir como «genero o efecto estancado», no solo «los artículos, productos o sustancias cuya producción, adquisición, distribución o cualquier otra actividad concerniente a los mismos sea atribuida por Ley como carácter de monopolio», sino también y ya de manera expresa y junto a ellas «las labores del tabaco», debiendo señalarse que la referida Ley 13/98 en su exposición de motivos añade que dicha «norma legal no comporta alteraciones de las actuales restricciones sanitarias en materia de publicidad y venta de tabacos, ni supone modificación alguna de la Ley Orgánica 12/95, de 12 de diciembre de Represión de Contrabando».

En consecuencia, si a afectos penales, las labores de tabaco tienen la consideración de producto estancado, como declara el art. 1.6 de la Ley 12/95, tal condición sólo puede cesar en virtud de una Ley Orgánica que la derogue a efectos penales y de represión del contrabando, lo que es evidente que no se puede producir por la Ley Ordinaria 13/98, de lo que se deduce que el principio de legalidad obliga a aplicar la vigente Ley de contrabando en el sentido literal de su texto. (SS. AP. Lleida 16-2-99, 31-3-99; AP. Navarra 18-6-98; AP. Guipúzcoa 30-7-99; AP. Asturias 21-1-99; AP. Pontevedra 22-1-2001; AP. Barcelona, Sección 7ª, 26-10-2001 [PROV 2002\90] y AP. Murcia, Sección 1ª, 30-11-2001; entre otras). Por tanto, las operaciones de importación, exportación, tenencia, circulación o rehabilitación de géneros estancados y el tabaco lo es por disposición del art. 1.6 sin cumplir los requisitos establecidos para acreditar su licita importación, constituye delito de contrabando si el valor del tabaco aprehendido supera 1.000.000 de pesetas, y por todo ello, de aplicación de la Ley 12/95.

Que, en el caso de los acusados Javier, Angelina, Carlos Daniel Carlos Francisco, Luis y Lucas, si bien consta que en ciertas ocasiones llegaron a pasar ciertos cartones, por la Aduana de La Línea, provenientes de Gibraltar, en número no determinados, de tres o cuatro en cada ocasión, sin que en ningún caso se haya probado que, el total de cada uno de ellos, haya llegado al millón de pesetas ?seis mil euros?; en todos los casos el pase de tabaco, se hizo sin abonar la tasa fiscal correspondiente, ya que lo permitido era un cartón cada cierto tiempo. Que, en el caso de Inés, en cambio, no se ha llegado a probar que llegara a pasar cartones de tabaco por la Aduana de La Línea.

Que, en cuanto a los Guardias Civiles acusados en este procedimiento, consta cómo Luis Carlos, Miguel Ángel y Eusebio, conforme a los hechos probados, permitieron en varias ocasiones el paso por la frontera de personas portadoras de tabaco, pero en las mismas condiciones, sin pagar la tasa correspondiente, y sin que se haya probado que, la cuantía total superara los 6.000 euros.

Que, distinto es el caso de Jose Miguel, donde tras efectuársele registro domiciliario, se le encuentran un total de 21.188 cajetillas de tabaco, que evidentemente sobrepasan los 6.000 euros, y que se valoran en 44.814,10 euros. Que, las cajetillas de tabaco que el mismo tenia en su domicilio no ha acreditado que, las haya adquirido con el abono de la tasa oportuna; lo ha sido con ocasión de diversos pases desde Gibraltar a La Línea, sin que conste expresamente las ocasiones en que lo hizo ni los Guardias Civiles que en ese momento se hallaban de servicio; de otro lado, tampoco consta que, los restantes acusados no funcionarios, fueran quienes le proporcionasen el tabaco, aunque en ocasiones pudieran hacerlo de determinadas cantidades menores.

Que, por el Ministerio Fiscal en su escrito de calificación elevado a definitiva se refiere al término organización siendo Jose Miguel quien dirigiría la misma, y formando parte de la misma el resto de acusados no funcionarios, y por ello acusa a los mismos de delito de contrabando.

Que, la sentencia del Tribunal Supremo de 29/2/00 (RJ 2000\2264), deslinda la noción de pertenencia a una organización de la simple codelincuencia, y señala que por organización ha de entenderse lo que su mismo concepto indica: intervención de dos o más personas, estructura jerárquica y vocación de continuidad, existencia de un plan con distribución de roles, sin que sea preciso que los implicados participen directamente en los actos delictivos.

En doctrina que parte ya de la STS de 25 de septiembre de 1985 (RJ 1985\4443) no ha de identificarse con la mera coparticipación o codelincuencia al ser varias las personas que participen, y colaboren, en la ejecución del delito de contrabando, sino que requiere, además, que esté suficientemente acreditada la intervención de un conjunto de personas que dispongan de medios idóneos y desarrollen un plan previamente concertado y con una cierta permanencia, y jerarquización, con distribución, más o menos definida entre ellos, de funciones (en el mismo sentido numerosas Resoluciones de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, como las de 10 de marzo [RJ 2000\2209], 5 [RJ 2000\4886] y 22 de mayo [RJ 2000\4965] y 28 de junio de 2000 [RJ 2000\5808], entre otras).

Se exige, por tanto, una «vocación de continuidad» (STS de 11 de febrero de 2003 [RJ 2003\2811]) y no puede confundirse con la situación de simple coautoría o coparticipación (STS de 28 de noviembre de 2001, pues es un «aliud» y un «plus» frente a la mera codelincuencia (STS de 1 de marzo de 2000 [RJ 2000\1105]).

En el caso de autos, no existía reparto alguno de funciones, con distribución de las mismas, ni existía jerarquización. En el caso de Angelina y Javier, se trataba en relación de Jose Miguel de su hija y yerno, respectivamente. En torno a las conversaciones telefónicas que mantenía Jose Miguel con Lucas, donde intercambiaban datos sobre los servicios de los Guardias Civiles, ello no hay que suponer que se tratara de

organización en el sentido que se contempla por la jurisprudencia.

Se cuestiona por la defensa de Jose Miguel, la falta de validez de la tasación o valoración del tabaco aprehendido en el domicilio de aquél, al no haber sido ratificado el informe pericial.

Ante la pretendida inexistencia de una prueba pericial válida y, por tanto, la inexistencia de un valor de los productos intervenidos, conduciría, conforme a la tesis de la defensa, a la absolución por exigencias del principio «in dubio pro reo».

Las referidas cuestiones han de ser analizadas partiendo del carácter de «genero estancado» del tabaco. Consecuentemente, la materia examinada está regulada en el art. 10.12 de la Ley Orgánica 12/95. Del antedicho pronunciamiento se deriva las siguientes consecuencias:

1) El valor del tabaco intervenido habrá de fijarse por el precio máximo de venta al público.

2) En caso de que no conste dicho precio se adoptará el de la clase mas similar.

3) Si no fuese posible la asimilación se fijará la valoración «previa tasación pericial».

Partiendo de estas premisas es necesario señalar que en el supuesto contemplado:

?El tabaco ilegalmente introducido en España consistió en 21.188 cajetillas de cigarrillos de la marca «Winston». Y otros también rubio americano. Dichos cigarrillos tenían en las fechas de autos un valor de venta al público de 310 ptas. por cajetilla.

De todo lo expuesto se infiere que la tasación pericial es innecesaria tanto al amparo del art. 10.1 de la Ley Orgánica 12/95 cuanto de la normativa general (art. 450 Ley Enjuiciamiento Criminal), pues la valoración no requiere especiales «conocimientos técnicos o científicos», ya que solo se trata de multiplicar el número de cajetillas por el P.V.P. que aparece fijado en el B.O.E.

Por todo ello, procede la condena de Jose Miguel como autor de un delito de contrabando, y la absolución del resto de acusados por este delito, si bien la actuación de éstos podrían constituir infracción administrativa.

QUINTO Que de dichos delitos, revelación de secretos y contrabando, son responsables en concepto de autores, los acusados Luis Carlos y Miguel Ángel ?del primero de los delitos? y Jose Miguel, del delito de contrabando, al haber tomado parte directa y voluntaria en los mismos, conforme a la valoración probatoria que se razona en los anteriores Fundamentos Jurídicos de esta resolución.

Respecto de los acusados funcionarios de la Guardia Civil Eusebio, Alfredo, Juan Luis, Bruno, Alfonso, Pedro y Imanol, procede deducir testimonio de actuaciones y su remisión a la Dirección General de la Guardia Civil, por si sus actuaciones fueran constitutivas de infracción administrativa, al haber podido quebrantar las normas a sus funciones como funcionario de la Guardia Civil y a depurar en el ámbito del régimen disciplinario.

Que, procede deducir igualmente testimonio y su remisión a Aduanas, por si las actuaciones de Lucas, Luis, Carlos Francisco, Carlos Daniel, Javier y Angelina, fueran constitutivos de infracción administrativa, al haber pasado labores de tabaco, en cantidad inferior a 6.000 euros, sin abonar la tasa fiscal correspondiente.

SEXTO Que, no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en los acusados.

SÉPTIMO que, en cuanto a las penas a imponer, teniendo en cuenta las circunstancias del artículo 66 del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777), las circunstancias personales de los acusados, y el hecho en sí, procede la imposición de las siguientes penas:

?A los acusados Luis Carlos y Miguel Ángel, por el delito de revelación de secretos del artículo 417.1º del Código Penal, y teniendo en cuenta la pena asignada en dicho precepto ?multa de 12 a 18 meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 1 a 3 años? se les impone a cada uno de los acusados la pena de CATORCE MESES DE MULTA, a razón de una cuota diaria, teniendo en cuenta su capacidad económica de los mismos, de TREINTA EUROS DIARIOS, lo que hace un total de DOCE MIL SEISCIENTOS EUROS, debiendo sufrir caso de impago un día de arresto sustitutorio por cada dos cuotas impagadas; asimismo se les impone INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EMPLEO DE GUARDIA CIVIL POR TIEMPO DE UN AÑO Y SEIS MESES.

?Al acusado, Jose Miguel, por el delito de Contrabando, teniendo en cuenta sus circunstancias personales, y restantes circunstancias expresadas en el art. 66 del CP, y habida cuenta de la penalidad establecida en el artículo 3 de la Ley 12/95 (RCL 1995\3328) de Contrabando ?prisión menor y multa del duplo al cuádruplo del valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos?, y habida cuenta que, conforme a la Disposición Transitoria Undécima, al aplicar la Ley Especial de Contrabando, la pena de prisión menor, se entenderá sustituida por pena de 6 meses a 3 años, procede imponer la pena de UN AÑO Y SEIS MESES DE PRISION Y MULTA DE CIENTO CINCUENTA MIL EUROS. Procediendo igualmente el comiso del tabaco intervenido, dándosele el destino legal.

OCTAVO Que, en lo atinente a la responsabilidad civil, regulada en el art. 4° de la LO 12/95 (RCL 1995\3328), y el comiso, al que se refiere su art. 5° y, en general, el art. 127 del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777), son conceptos distintos, que tienen diferente naturaleza jurídica y responden a distintas finalidades. En resumen, el

comiso, pese a que ahora no tiene la consideración expresa de pena, sino que sea una consecuencia accesoria del delito, tiene una evidente naturaleza sancionadora, de la que carece la responsabilidad civil, que tiende simplemente a la satisfacción del perjuicio causado a la víctima. Ciertamente, en este caso la responsabilidad civil que fija el art. 4° de la LO 12/1995 tiene una naturaleza especial, ya que es más bien una responsabilidad administrativa, derivada del incumplimiento de una obligación de carácter público. Pero, en todo caso, no tiene naturaleza de sanción.

Pero en todo caso, no cabe hacer pronunciamiento respecto a la responsabilidad civil derivada de la deuda aduanera, al no haberse pedido por el Ministerio Fiscal el abono de su importe, no entrando la Sala en tal cuestión, al poderse vulnerar el principio acusatorio.

NOVENO Que, las costas procesales se entienden impuestas por la Ley, conforme al artículo 123 del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777), a todo responsable penalmente de delito o falta. Que, en el caso presente, procede que los condenados abonen cada uno una diecinueveava parte de las costas de este procedimiento.

En atención a lo expuesto, vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que debemos absolver y absolvemos a los acusados Lucas, Luis, Carlos Francisco, Inés, Carlos Daniel, Javier y Angelina del delito de cohecho del que le acusaba el Ministerio Fiscal, al habérsele retirado la acusación por dicho Órgano.

Que, debemos absolver y absolvemos a los acusados Eusebio, Alfredo, Juan Luis, Bruno, Alfonso, Pedro y Imanol del delito de revelación de secretos de que venían siendo acusados por el Ministerio Fiscal.

Que, debemos absolver y absolvemos a los acusados Eusebio, Alfredo, Juan Luis, Bruno, Luis Carlos, Miguel Ángel, Alfonso, Pedro, Imanol y Jose Miguel del delito de cohecho del que venían siendo acusados por el Ministerio Fiscal.

Que, debemos absolver y absolvemos a los acusados Eusebio, Alfredo, Juan Luis, Bruno, Luis Carlos, Miguel Ángel, Alfonso, Pedro, Imanol, Lucas, Luis, Carlos Francisco, Inés, Carlos Daniel, Javier y Angelina, del delito de Contrabando del que venían siendo acusados por el Ministerio Fiscal.

Que, debemos condenar y condenamos a los acusados Luis Carlos y Miguel Ángel, como responsables en concepto de autores de un delito de Revelación de secretos del artículo 417.1 del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777), ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena a cada uno de ellos, de CATORCE MESES DE MULTA, a razón de una cuota diaria de TREINTA EUROS, lo que hace un total de DOCE MIL SEISCIENTOS EUROS, debiendo sufrir caso de impago un día de arresto sustitutorio por cada dos cuotas impagadas, E INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL EMPLEO DE GUARDIA CIVIL DURANTE EL TIEMPO DE UN AÑO Y SEIS MESES.

Que, debemos condenar y condenamos al acusado Jose Miguel, como responsable en concepto de autor de un delito de Contrabando, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de PRISIÓN DE UN AÑO Y SEIS MESES Y MULTA DE CIENTO CINCUENTA MIL EUROS.

Se acuerda el comiso de las 21.188 cajetillas de tabaco intervenidas en el domicilio de Jose Miguel, dándosele el destino legal.

Dedúzcase testimonio de actuaciones y de esta sentencia y remítase a la Dirección General de la Guardia Civil, por si procede expediente administrativo sancionador por las posibles actuaciones contrarias a las de funcionarios, de los Guardias Civiles Eusebio, Alfredo, Juan Luis, Bruno, Alfonso, Pedro y Imanol, en su servicio de la frontera de La Línea con Gibraltar.

Dedúzcase testimonio y remítase a Aduanas, testimonio de las actuaciones, por si la actuación de Lucas, Luis, Carlos Francisco, Carlos Daniel, Javier y Angelina, fuera constitutiva de infracción administrativa, al haber pasado cajetillas de tabaco procedente de Gibraltar, sin abonar la tasa aduanera correspondiente.

Los condenados abonarán cada uno de ellos una diecinueveava parte de las costas, declarándose de oficio el resto.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación que habrá de ser preparado mediante escrito presentado en este Tribunal dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación de la sentencia.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

DILIGENCIA DE PUBLICACIÓN.? Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por su ponente, Magistrado Don Manuel Gutiérrez Luna, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, de lo que doy fe.

Disposiciones Estudiadas:

Ley Orgánica 10/1995, de 23 noviembre.CÓDIGO PENAL (RCL 1995\3170)

•Art.417 1

Relaciones Activas:

- Cita. Sobre la consideración penal o administrativa de la revelación de secretos o informaciones que un funcionario conoce por razón de su cargo.. STS Madrid 30 septiembre 2003. (RJ 2003\7409)
- Confrontar. Sobre la consideración de tabaco como género estancado. STS Madrid 18 enero 2002. (RJ 2002\7390)
- Confrontar. Sobre la consideración de tabaco como género estancado. SAP Barcelona 22 noviembre 2004. (ARP 2004\803)
- Confrontar. Sobre la consideración de tabaco como género estancado. SAP Bizkaia 16 noviembre 2004. (ARP 2004\809)

Voces:

POLICIA JUDICIAL
SUPUESTOS DIVERSOS
Solicitud de nulidad de actuaciones al inicio del juicio oral: no debe estimarse: guardia civil enviado en calidad de comisionado a Gibraltar que no consta realizara labores de agente encubierto sin autorización del Juzgado Instructor que tuvieran relación con los hechos imputados a los acusados:
[F. 2]
INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE DOCUMENTOS Y VIOLACION DE SECRETOS
Figuras delictivas
Autoridad o funcionario público que revelare secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados
Doctrina general
Bien jurídico protegido:
[F. 4]
Diferencia entre el ilícito penal y administrativo:
[F. 4]
INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE DOCUMENTOS Y VIOLACION DE SECRETOS
Figuras delictivas
Autoridad o funcionario público que revelare secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados
Debe estimarse
Guardias civiles que informan de los horarios de sus servicios de guardias en la aduana a particulares, para que pudieran pasar labores de tabaco sin abonar la tasa correspondiente: es indiferente que estuvieran expuestos en tablones dentro de las dependencias de la Guardia Civil, ya que este resulta un lugar de común no accesible:
[F. 4]
COHECHO
Figuras delictivas
Doctrina general
Bien jurídico protegido:
[F. 4]
COHECHO
Figuras delictivas
Solicitar o recibir dádiva para ejecutar un acto que constituya delito
No debe estimarse
Dudas sobre la solicitud de cantidades por parte de guardias civiles con puesto en aduanas para permitir el paso ilegal de labores de tabaco: no cabe inferirlos sin más de la existencia de ingresos adicionales a los sueldos respectivos:
[F. 4]
COHECHO
Figuras delictivas
Dádivas o promesas para corromper a las autoridades o funcionarios públicos
No debe estimarse
Ausencia de pruebas sobre la realización de ofrecimientos monetarios a guardias civiles con puesto en aduanas para permitir el paso ilegal de labores de tabaco:
[F. 4]
CONTRABANDO
Figuras delictivas
Doctrina general
Géneros o efectos estancados
Tabaco: sigue siendo género estancado, no suponiendo la Ley 13/1998, de Ordenación del Mercado de Tabaco y Normativa Tributaria modificación alguna en este aspecto de la Ley Orgánica 12/1995, de Reprensión del Contrabando:
[F. 4]
CONTRABANDO

Figuras delictivas
Importar, exportar, poseer o elaborar géneros estancados sin autorización
Doctrina general
Labores de tabaco: con la Ley 13/1998, de 4 mayo, no ha dejado de ser género estancado:
[F. 4]
CONTRABANDO
Figuras delictivas
Importar, exportar, poseer o elaborar géneros estancados sin autorización
Debe estimarse
Ocupación en casa del acusado de 21.188 cajetillas de tabaco sin acreditar que las haya adquirido abonando la tasa oportuna: no se requiere pericial alguna para el cálculo del valor de la mercancía: valoración superior a 6.000 euros:
[F. 4]
CONTRABANDO
Figuras delictivas
Importar, exportar, poseer o elaborar géneros estancados sin autorización
No debe estimarse
Particulares que pasan cada cierto tiempo tres o cuatro cartones por la aduana con la connivencia de los agentes de la guardia civil: ausencia de prueba sobre el valor de la mercancía:
[F. 4]
CONTRABANDO
Figuras delictivas
Realización a través de una organización
Doctrina general
Concepto de organización:
[F. 4]
CONTRABANDO
Figuras delictivas
Realización a través de una organización
No debe estimarse
Ausencia de distribución de funciones ni jerarquía:
[F. 4]
PRESUNCION DE INOCENCIA
Pruebas válidas para enervarla
Intervenciones telefónicas
Prueba obtenida ilegalmente
No debe estimarse
Autos debidamente motivados en base a toda la información presentada por la policía, razonándose su necesariedad y su proporcionalidad:
[F. 2]
PROCEDIMIENTO ABREVIADO
Juicio oral
Turno de intervenciones
Causas de suspensión
No debe estimarse: práctica de las pruebas pretendidas por medio de comisión rogatoria a pesar de no haberse recibido la misma cumplimentada:
[F. 2]
PROCEDIMIENTO ABREVIADO
Juicio oral
Turno de intervenciones
Supuestos diversos
Nulidad de actuaciones: no debe estimarse: guardia civil enviado en calidad de comisionado a Gibraltar que no consta realizara labores de agente encubierto sin autorización del Juzgado Instructor que tuvieran relación con los hechos imputados a los acusados:
[F. 2]
PRESUNCION DE INOCENCIA
Pruebas válidas para enervarla
Intervenciones telefónicas
Control judicial
Debe estimarse
Prórrogas razonadas con conocimiento judicial de su contenido:
[F. 2]

Notas de Redacción:

El presente texto se corresponde exactamente con el distribuído de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La manipulación de dicho texto por parte de Editorial Aranzadi se puede limitar a la in-troducción de citas y referencias legales y jurisprudenciales. Editorial Aranzadi no se hace responsable de los errores que en materia de Protección de Datos de Carácter Personal pudiera adolecer esta versión oficial.

Disposiciones Aplicadas:

- Ley Orgánica 10/1995, de 23 noviembre (RCL 1995\3170)- art. 419: aplicado por fundamento 4.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 noviembre (RCL 1995\3170)- art. 423: aplicado por fundamento 4.